

POR

LOS HEREDEROS DEL GENERAL DON ALONSO DE MOGICA, CAVALLERO de el Habito de Santiago; y doña Ana Maldonado viuda de el susodicho, y su fiadora.

CON

DOÑA FRANCISCA CALDERA.

PARA

Que se reuoque, y enmiende la sentencia de vista desta Real Audiencia, y se confirme la de el Alcalde don Iuan de Leon.



Cierta cosa es; que tiene dos partes este pleyto. Primera, la calidad de la moneda de esta execucion. Segunda, la paga de los dos mil ducados, hecha por don Diego Maldonado, a las quales tambien corresponderan otras dos en que se diuide este breue apuntamiento.

PRIOR PARS.

PResuponese, que auiendo salido la promulgaciō de la pragmatica Real de 8. de Março de 1625. tiene los capitulos 2.4.y 5. de el tenor siguiēte.

CAPIT. 2. DE LA PREMATICA REAL.

QVe en las obligaciones, o contratos ya hechos, de pagar en oro, o en plata, los deudores cumplan (lo que no huuieren recebido en las dichas monedas, o en pasta) con pagarlo en moneda de vellon, a razon de los dichos diez por ciento.

CAPIT. 4. DE LA PREMATICA.

QVe no se puedan hazer, ni hagan despues de la promulgacion de esta ley, obligaciones algunas de qualquiera calidad que sean, a pagar en oro, o en plata, sino fuere lo que se huuiere recebido en ella, y que si se hizieren, o a cerca de esto ouiere alguna simulacion, o fraude, sean en si ningunas, y de ningun valor, y efecto.

CAPIT. 5. DE LA PREMATICA.

Y Mandamos, que assi se guarde, y cumpla, sopena que qualquier persona, de qualquier estado, calidad, y condicion que sea, en cuyo fauor se otorgar en escrituras a pagar en oro, o en plata lo que no se recibiere en

ella

ella contra el tenor de esta ley incurra por la primera vez, en perdimiento de la suerte principal, con el quatro tanto, aplicado por tercias partes, Camara, juez, y denunciador; y por la segunda (demas de la dicha pena pecuniaria) en seys años de destierro de el Reyno, y que sea auido por logrero publico, y ningun escriuano pueda otorgar ante si las dichas escrituras, sopena de suspension de oficio por quatro años, y de cinquenta mil marauedises para la nuestra Camara.

Con este presupuesto, y con otro de que la venta de la heredad, por cuyo precio es esta execucion, fue mucho despues de la promulgacion de esta prematica, parece indubitable, que es justa la excepcion de los executados, para vna de dos precisamente, o que se dè la execucion por ninguna, y se bueluan los bienes executados libremente, o que se determine, y haga solamente el remate por moneda de vellon, como le mãdò hazer el Alcalde, porque entrambas las condiciones estàn cumplidas. Conuiene a saber, que este fue contrato de compra, y venta de heredad, y no de cosa que se recibiesse en plata. Y la 2. que se otorgò mucho despues de la promulgacion de la dicha prematica, argum. text. in l. si hæredi plures, ff. de conditionib. institutionum, y consiguientemente non video, como (demas de la dicha nulidad de la escritura) se puedan escapar doña Francisca Caldera (en cuyo fauor se otorgò) y el escriuano (ante quiẽ se otorgò la dicha escritura) de las penas de el dicho capitulo quinto.

Viendose conuencido con esta verdad tan clara, y disposicion de ley tan euidente, doña Francisca Caldera se pretende euadir de vno, y otro; dize, que tiene prouado (de quo non disputo, porque no es releuante,

uante, ni de este lugar) que auiendosele adjudicado esta heredadad en mas de veynte mil ducados,y concertado con los compradores en 25U.de vellon, aduirtiendo,que los tributos que sobre ella estauan impuestos,y que consumian lo mas de su valor,eran en plata precisamente, reduxeron el precio a veynte y dos mil ducados en plata, baxando lo de mas a mas por los intereses de vna moneda a otra, y que en esta conformidad se obligaron. De que pretende que resulta auer auido en este caso dos contratos distintos,y el vno ocultado en el otro,per fictionem iuxta lata notata in l.singularia, ff.si certum petatur, iūctis que resoluit Rodriguez post alios de reditibus,lib.2. quest.22.num.30. Y que con esto no le obsta la prematica,porque en rigor se dize,q̃ recibe plata,quien recibe el interes de plata, ex lex vinum, ff. si certum petatur,y lo que resuelue Surdo, cons. 442. num. 4. & cons.435.num.3.

Dize lo segundo,que sobre esto ay autos de vista, y reuista de esta Real Audiencia, a donde el pleyto vino en grado de apelacion de auer el ordinario dado mandamiento de execucion en plata; se confirmò su auto, y que aunque en ellos se dize, *que en los diez dias de la ley, las partes prueben, y aueriguen lo que les conuenga*: esto se ha de entender en las otras excepciones,pero no en esta.

Pero sin embargo de estas(verdaderamente) euasiones(pretendidas de la disposicion,y penas dela dicha prematica) la justicia de los executados parece clara, de lo que dexamos assentado, y que estamos en caso de ley,de qua nulla est ambiguitas,ni la deue auer en los juezes para arrimarse a ella,y juzgar conforme a ella, ex his quæ effusso sermone late conge-

rit

rit Megia, ad Toleti in præfatione in principio.

Y no obsta lo que se acaba de referir in primis, porque no està probado semejante cosa en el processo, ni tal forma, o duplicidad de contratos.

Lo segundo, porque quando (sin perjuyzio de la verdad) lo estuuiera, tan lexos estaua de que este caso mereciesse escusacion de la disposicion, y pena de la prematica, que antes fuera derechamente contra ella, assi porque sus palabras (ibi: *si no fuere lo que se huuiere recebido en oro, o plata*) no se pueden entender, ni verificar en el caso propuesto, a donde la parte contraria pretende ser ficto, y que se ha de equiparar al verdadero. Porque le obsta la regla de derecho, quod *lex simpliciter loquens* (*& nisi contrarium in ea exprimatur*) *intelligitur tantum in casu vero, non autem in casu ficto*, l.3. §. hæc verba, ff. de negotijs gestis, ibi; *de quo fuit necessarium edicere*, ex ornat. Felin. in c. insinuatum, num. 1. de simonia.

Lo tercero, porque quando (sin perjuyzio de la verdad) estuuiera probado lo contrario, y estuuiera en contrario la regla de derecho, quod lex, simpliciter loquens(etiam si non ex primatur) procedit tam in casu vero, quam in casu ficto, ad huc no pudiera tener fundamento la pretension de el actor en este caso, porque para fundar la via executiua que pretende, solo se ha de mirar, y atender, y ella se ha de justificar de el instrumento, non autem ex nouiter deductis, como es siendo en el caso presente vn contrato de venta liso, y corriente, y que por disposicion de la ley Real, no tiene, ni merece via executiua, ni remate, querer que se le dè el vno, y el otro, en virtud de probança sobreveniente, la qual en ningun acaecimiento puede obrar via executiua; y assi lo llano, y

 corriente

corriente era anularla, y rebocarla, o declarar cumplirse con pagar en moneda corriente, como lo hizo el ordinario, y reseruarle qualquiera derecho para otro juyzio que lo fuesse, glossa celebris, per textum, ibi, in l. Bebius 30. ff. de pactis dotalibus, ibi: *Nota secundum Baldum hic quod, qui habet duo instrumenta, & petit vnum exequi; ex alio, ex quo non se fundauit, non potest in eadem instancia obtinere, sed alia instancia opus est*: idem Baldus, cons. 150. volum. 1. Tuscus, tom. 3. litera E. cõclus. 484. n. 12. Craueta, cons. 840. num. 9. volum. 5. docuit Iason in lex edita num. 27. C. de edendo. Milanensis, decis. 3. num. 10. & decis. 8. n. 40. lib. 2. y esto en quanto al primer fundamento.

RESPONDESE AL SEGVNDO DE la pretension de la cosa juzgada.

LO primero, que no puede auer semejante alegacion, supuesto que los autos de vista, y reuista tienen reserua para los diez dias, e implica auer reserua, y cosa juzgada.

Lo segundo, porque no es buena replica la que a esto se haze. Conuiene a saber, que se alegarõ otras cosas en la apelacion que se interpuso de el mandamiento de execucion, y que asi la dicha reserua se ha de entender reddendo singula singulis. Conuiene a saber en quanto a la calidad de la moneda, confirmado in totum el mandamiento de execucion, sin reserua alguna. Y en quanto a las demas excepciones de diez dias, confirmado con la dicha reserua para ellos; porque se excluye facilmente.

Lo primero, porque (como està dicho, y parece por el capitulo de la prematica) esta es excepcion de nulidad,

nulidad, la qual es propia de los diez dias, y para ella se ha de reseruar, y en ellos ventilar, si deue, o no deue auer lugar la dicha nulidad, para impedir la execucion, ex pluribus de quibus, per Parladorum, lib. 2. c. finali, 5. parte, §. 11. num. 11. En tanto caso que algunos tuuieron, que ni aũ en los diez dias se auia de admitir esta excepcion, por no ser de las expressamente nombradas en la ley de el señor Rey don Henrique: como fue Olano, in concordia, litera E. num. 22. a quien Parladorio dicto loco, & communiter regnicolæ reprehendunt tantum abest, que se pueda dezir q̃ esta no fue excepcion reseruada para los diez dias.

Lo 2. porque quando (sin perjuyzio de la verdad) esta excepcion alegada en fuerça de dilatoria; y para impedir el ingresso, y progresso de la via executiua, y su contestacion (que se induze por la oposicion, vt tradit Milenensis, decis. 20. num. 30. lib. 1. Corcetus, Forensium questionum, lib. 2. quest. 2. & quest. 5. Folerius de censib. glossa que quidem executio, nu. 36. Cartarius, decis. 63. num. 8.) se huuiera repelido sin expressa reseruacion para los diez dias, y tiempo despues de la contestacion, todavia siempre es visto ser reseruada, vt in terminis (cum sexentis authoribus) nota el additionador de el señor Luys de Molina, lib. 4. cap. 9. num. 40. ad finem; ibi: *Et reprobata hæc exceptio in vim dilatoriæ, vt litis ingressum impediat: tamen reseruata censetur in vim peremptoriæ, etiamsi iudex non reseruet. Et ita in praxi obseruatur; simili modo exceptiones oppositæ in initio, & ingressu executiones, & si repellantur; post ea opponi possunt in sententia diffinitiua, vulgo de remate, & hoc in vim peremptoriæ, vt expræcitatis authoribus liquet.* Et hæc de priori parte.

POS-

EN la qual no ay para que diſputar agora de la juſticia de la pretenſion de doña Franciſca Caldera, en razon de los quatrozientos ducados que inſiſte auer de auer cobrado por cuenta de intereſſes, ſino tan ſolamente que ſegun parece probado, Diego Maldonado fue menſagero, y tuuo orden expreſſa, de pagar los dos mil ducados, por quenta de el precio de eſta heredad, y el dinero fue dado para eſte efeto, y en eſta conformidad, por doña Ana Maldonado Saauedra, ſuegra de el General don Alonſo de Mogica, comprador, y aſsi lo dize el meſmo don Diego Maldonado, y los teſtigos que lo lleuaron, deſde fol. 153. De ſuerte, que la verdad, es, que en rigor, ni aqui ſe proponen terminos de mandatario, ni de eſtraño pagador de la deuda de el auſente, ſino vn ſolo Nuncio menſajero para lleuar el dinero, pagandolo por eſta quenta. Lo qual ſe conoce bien (y nadie lo puede cauilar) de el meſmo tenor de la carta de pago, que eſtà a fol. 131. a donde doña Franciſca Caldera recibe, y dize *recebir eſta partida de el General don Alonſo de Mogica, por mano de don Diego Maldonado*; y en eſtos terminos, no es mas de vn nudo miniſtro, portador, ni tuuo autoridad, de poder trãsferir dominio para vna cauſa, ni para otra, y todo ſe ha de deboluer a la perſona remitente; de ſuerte que como en los contratos que ſe hazen per nuncium, vel per epiſtolam, es fuerça que al tiempo de la conjuncion de los conſenſos aya vniformidad; y ſino, no ay nada hecho: notatur per DD. in l. 1. ff. de contrahenda emptione, & in principio inſtitutis de obligationib. ex conſenſu, conſequentemente ſolo

la assertiua de el deudor que embiò el mensagero, y que diga, *que no consintiò, ni mandò semejante cosa; sino otra muy diferente*, como es el quien paga; la mano intermedia, o mensajero, no le puede, ni deue causar perjuyzio alguno; y asi, vea doña Francisca Caldera lo que quiere, porq̃ supuesto que pretende que don Alonso Mogica, y doña Ana Maldonado su suegra, deudores, le pagaron este dinero por la mano intermedia de don Diego Maldonado, o ella mesma doña Francisca ha de probar, *que los deudores quisieron, y dixeron que se lo pagauan, y embiauan, por quenta, y pago de intereses*, o mientras no lo probare, el dinero està, y se reputa por estante, y ò ha de seruir para matar el debito de esta execucion, o doña Francisca lo ha de entregar a su dueño, y seguir su derecho como le conuenga.

De que se infiere, respuesta concluyente a lo que doña Francisca, y su abogado pretenden por euasiõ en este caso. Conuiene a saber, lo primero, que como don Diego Maldonado no fue verdaderamente mãdatario, y que pagò de dineros de el mandante. Ni tampoco estraño pagador, que pagò de dineros suyos deuda agena: no se aplican la alegacion de la ley si procurator. 6. ff. de condictione in debiti, ni de la ley soluendo, ff. de negotijs gestis; porque en realidad de la verdad, dõ Diego no fue lo vno, ni lo otro, ni doña Francisca contratò con el, sino vn nudo ministro lleuador de el dinero, y el contrato de la paga se hazia con dõ Alonso de Mogica, y doña Ana Maldonado (de quien dize que recibe doña Francisca) y asi a la verdad, y declaracion de aquellos se ha de estar, y no a lo que la dicha doña Francisca diga, o se escriua con el mesmo don Diego Maldonado, nudo

 ministro,

miniftrò, o poner el dinero de manifiefto.

Item lo fegundo, que con lo mifmo fe retuerce lo que dize el abogado de doña Francifca. Conuiene a faber, que efta excepcion, para la via executiua, no es liquida, ni clara, y que requiere altiorem indaginem. Porque antes por el contrario; quien auia menefter la claridad, y plena liquidacion (de que eftos 400. ducados fe le pagaron para matar interefes, y no el precio principal) era doña Francifca que tenia obligacion a moftrar la conjuncion de los confenfos contemporanea, de el tiempo que recibiò eftos dos mil ducados, de don Alonfo de Mogica. Conuiene a faber, que el hizieffe, y ordenaffe que fueffe para pago de interefes, y mientras efto no mueftra doña Francifca, don Alonfo, y doña Ana fundan fu intento clarifsimamente.

Deinde, porque a mayor abundamiento (abftrayendo de que don Diego nunca fue, ni pudo fer eftraño pagador, conftando de el mandato, y que fueffe a pagar, de orden de el mandante) es cierto, que fiempre fe ha de entender, y prefumir auerfe de mandar, y pagar por lo cierto, liquido, y executiuo, y no por intereffe, deuido ex facto, culpa, & officio iudicis por cafo fobreveniente, y extrinfeco de la obligacion; el qual interefe femper eft: quid incertum, & illiquidum, tradit Magonius, decif. 37. num. 9. Y de aqui es que la paga fiempre fe haze, y prefume fer hecha en la caufa liquida, cierta, y llana, y no en la contraria, l. cum ex plurib. l. ex plurib. ff. de folutionib. Y efto aunque huuieffe fentencia, y condenacion. Eleganter Faber, definit. 31. C. de folutionib.

Lo otro, porque como eftà dicho, es cierto (fupuefto que doña Francifca no prueba lo contrario) que

que don Diego no tuuo poder de pagar ſemejantes intereſes,no deuidos iure actionis,y en virtud de con uencion de la parte,y aſsi ſe preſume no auerlo tenido, para lo qual eſt textus mirabilis in l. ſi is cui nu mos 94.§.Flabius,ff.de ſolutionib.que aunque habla en mandatario, o menſajero (que es el caſo indiuidual de eſte pleyto)fuera lo meſmo,ſi en duda huuie ra pagado doña Ana de ſu meſma mano,y nunca fue ra viſto pagar por quenta de ſemejantes intereſes,pa ra que no ay executoria, o conuencion ſemejante a la de la eſcritura, l.5. §. Imperator, ff. de ſolutionib. iuncta gloſſa ibidem.Con la qual concuerdã los Autores eſtos textos con la ley ſi non ſortem,in principio,ff.de condictione in debiti.

Vlterius, porque es caſo llano en derecho,que de qualquiera paga que ſe halla hecha al acreedor, eſtà el dinero por el deudor,y a el le toca elegir,o manifeſtar la cauſa para que quiſo,o quiere que ſirua la pa ga de ſu dinero. Y en caſo que el no elija, puede elegir el acreedor, non tamen libere, ſino vt vir bonus, & in cauſam duriorem,late Gratian.diſceptationum Forenſium,cap.224.

Y finalmente,porque los intereſſes,o ſe deuen iure actionis ſtipulados, y prometidos, y contenidos en la meſma eſcritura de el principal, o per officium iudicis: y por cauſa ſobreueniente, de no auer pagado la ſuerte principal,a los de la primera claſe,eſtà obligado,tanto el Reo principal,como el fiador de el cõ trato.A los de la ſegunda tiene ſumma dificultad, ſi eſtà obligado el fiador,y ay muchas doctrinas, y diſtinciones, vt notatur in l.centum Capuæ, ff. de eo quod certo loco. En los de la primera claſe ſiempre ſe han de pagar, y entienden pagados primero que

la

la ſuerte principal, y en eſte caſo procede la diſpoſicion de la ley 1.C.de ſolutionib. lo contrario en los de la ſegunda claſe, que pudieran ſer los de nueſtro caſo, como bien con deciſsiones lo diſtingue Riccio Colectaneo 349.

Ex quibus. Parece fundada la juſticia de don Alonſo de Mogica, y doña Ana Maldonado, para que ſe aya de enmendar la ſentencia de viſta, y confirmar la de el ordinario, y aſsi lo eſpera. Saluo, &c.